

DER SACHVERSTÄNDIGENBEWEIS IM ZIVILPROZESS UND IN INTERNATIONALEN SCHIEDSVERFAHREN

ISTVÁN VARGA

Lehrstuhl für Zivilprozessrecht
Telefonnummer: (36-1) 411-6522
e-mail: vargai@ajk.elte.hu

1. Einführung

Ein bedeutender Teil der vor internationalen Schiedsgerichten ausgetragenen Streitigkeiten ist nur durch Einbeziehung außerjuristischen Fachwissens zu lösen. Die explosionsartige Entwicklung der Naturwissenschaften unterstreicht die häufige Notwendigkeit fachlicher Spezialkenntnisse bei der Entscheidungsfindung. Es ist einer der Hauptvorteile der Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber der staatlichen ordentlichen¹ Gerichtsbarkeit, dass die Entscheidungsträger zugleich die jeweils nötigen Spezialkenntnisse haben können.² Während der staatliche Richter mangels ausreichender Sachkunde in der Regel auf Sachverständige zurückgreifen muss, können die Parteien eines Schiedsverfahrens „ihre“ Schiedsrichter bereits nach dem Gesichtspunkt auswählen, ob sie das benötigte Fachwissen haben.³ Die Geschichte der modernen Schiedsgerichtsbarkeit zeigt sogar, dass die Ursprünge der privaten Streiterledigung gerade in

¹ Eine Ausnahme bilden die in den meisten Ländern vorzufindenden Spezialgerichtsbarkeiten, wie etwa in Deutschland die Patentgerichtsbarkeit, in Frankreich und in der Schweiz die Handelsgerichtsbarkeit usw. Vgl. Fritz *Nicklisch*, Der technische Sachverständige im Prozess, Landesberichte und Generalbericht, VII. Internationaler Kongress für Prozessrecht Würzburg 1983, Heidelberg 1984, Generalbericht, S. 234 f; *Sendler*, NJW 1986, 2907 ff.

² Vgl. *Morelite Construction Corp. v. New York City District Council Carpenter Benefit Funds*, 748 F.2d 79 (2d Circuit 1984).

³ Vgl. dazu Karl *Spühler* – Myriam A. *Gehri*, Die Zulassung von Experten zur Urteilsberatung: Neue Wege für Schiedsverfahren?, 21(1) ASA Bull. 16 (2003); Pieter *Sanders*, Arbitration, in: Mauro Cappelletti, International Encyclopaedia of Comparative Law, Volume XVI, Civil Procedure, Tübingen/Dordrecht/Boston/Lancaster 1987-2002, Chapter 12-169; Michael E. *Schneider*, Technical Experts in International Arbitration, 11 ASA Bull. 446 ff. (1993); Klaus Peter *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, Verfahrens- und materiellrechtliche Grundprobleme im Spiegel moderner Schiedsgesetze und Schiedspraxis, Berlin – New York 1992, S. 302, Fn. 290; Yves *Derains* – Eric A. *Schwartz*, A Guide to the New ICC Rules of Arbitration, Hague/London/Boston 1998, S. 258; Lazare *Kopelmanas*, Le rôle de l'expertise dans l'arbitrage commercial international, Rev.arb. 1979, 205 ff; Jean-François *Demont* – François *Vermeille*, L'arbitrage, son tribunal, sa procédure vus par l'expert, Recueil de travaux suisses, S. 235, 244; AK-ZPO/Helmut *Rüßmann*, vor § 402 Rn. 30.

der Begutachtung von Fachfragen liegen. Nichts belegt dies anschaulicher als die Tatsache, dass die allererste schiedsgerichtliche Entscheidung der ICC vom Jahre 1922 nicht von einem Juristen sondern von einem Maschinenbauingenieur stammt.⁴ Mithin kann sich die Erhebung eines konventionellen Sachverständigenbeweises in Schiedsverfahren gänzlich erübrigen, wenn der Schiedsrichter durch seine Spezialkenntnisse gewissermaßen die Sachverständigeneigenschaft in sich vereint.⁵ Bei hinreichender Sachkunde der Schiedsrichter haben die Parteien auch die Möglichkeit, den Sachverständigenbeweis explizit auszuschließen.⁶ Schließlich kann die Verwertung von Sachwissen auch vollkommen die schiedsrichterliche Streiterledigung verdrängen, wenn etwa die Parteien bereits in der präarbitralen Phase ihrer Streitigkeit die Sachfragen erst gemeinsam begutachten lassen. Oft führt eine solche Vorgehensweise dazu, dass im Lichte der überzeugend begutachteten fachlichen Streitfragen das Anstrengen eines Schiedsverfahrens sinnlos erscheint, weil die Würfel bereits gefallen scheinen.⁷

Fungiert der Schiedsrichter selbst zugleich als Sachverständiger, so entfallen die meisten⁸ verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten, die von den Unterschieden der vorliegend untersuchten beiden Beweisrechtssysteme herrühren. Die unten folgenden Ausführungen beschränken sich daher auf die Fälle, in denen dies nicht zutrifft, d.h. in denen das außerjuristische Fachwissen von anderen Personen als den Schiedsrichtern selbst ins Verfahren eingebracht wird. Dies ist in der Mehrheit der Fälle die Regel, weil mittlerweile gegenüber dem ursprünglichen Konzept die Schiedsgerichtsbarkeit zunehmend eine Domäne von Juristen geworden ist.⁹

⁴ Vgl. den Nachweis bei Jean-François *Bourque*, L'expérience du centre international d'expertise de la CCI et le développement de l'expertise internationale, Rev.arb. 1995, 231, 234.

⁵ Vgl. Soia *Mentschikoff*, 17 Law & Contemp.Probs. 707: „... the kind of testimony viewed as expert in our court formal system becomes unnecessary or is greatly limited.” In ebendiesem Sinne Bruno *Oppetit*, Études Goldman, S. 229, 238.

⁶ Vgl. Adolf *Baumbach* – Wolfgang *Lauterbach* – Jan *Albers* – Peter *Hartmann*, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 60. Auflage, München 2002, § 1042 Rn. 10.

⁷ Von solchen Fällen berichtet Ahmed S. *El-Kosheri*, Evidence Presented by Experts during the Arbitration, in: Albert Jan *van den Berg* (ed.), Preventing Delay and Disruption of Arbitration – Effective Proceedings in Construction Cases, ICCA Congress Series No. 5, Deventer/Boston 1991, S. 561 ff. („... expertise ... as a pre-emptive method to avoid escalation of the dispute.”).

⁸ Zuweilen entstehen unerwartete Probleme, wie etwa die Berechnung eines zusätzlichen Sachverständigenhonorars durch den Schiedsrichter. Dies war der Fall in OLG Hamm, Urteil vom 26.4.2001.

⁹ Vgl. D. Mark *Cato*, So You Really Want to Be an Arbitrator?, London/Hong Kong 1999, S. 3: „Some say, not entirely fairly in my view, that the process was hijacked by lawyers.”

Ein kurzer, sich auf die wesentlichen Unterschiede konzentrierender Überblick über die deutsche und die US-amerikanische Rechtslage soll zunächst Anhaltspunkte für die empfehlenswerte Ausgestaltung des Sachverständigenbeweises in rechtskreisübergreifenden internationalen Schiedsverfahren sichtbar werden lassen.

2. Der Sachverständigenbeweis im typischen kontinentalen Zivilprozessrecht – die deutsche Regelung

2.1. Der gerichtliche Sachverständige als Gehilfe des Richters

Den Ausgangspunkt der geltenden Regelung in den §§ 402 ff. ZPO stellt immer noch die vielzitierte Aussage in den Materialien zur CPO vom Jahre 1877 dar, nach der die Sachverständigen „Gehülfen des Richters“ sind.¹⁰ Sie soll gleich in mehrerer Hinsicht die Richternähe des Sachverständigen zum Ausdruck bringen. Für die richternahe Position des deutschen gerichtlichen Sachverständigen spricht bereits eindeutig § 406 ZPO, der gegen den Sachverständigen dieselben Ablehnungsgründe wie gegen Richter eingreifen lässt.¹¹ Er muss ähnlich wie der Richter unparteiisch und unabhängig sein. Seine Entscheidungs(mit)verantwortung wird im ins Deliktsrecht neu eingefügten § 839a BGB besonders deutlich, der seine Haftung der des Richters annähert. Gerade das Merkmal der Richternähe steckt zudem grundsätzlich die Grenzen gegenüber der Struktur des US-amerikanischen Sachverständigenbeweises ab. Entsprechend dieser richternahen Stellung stehen im Mittelpunkt der gesetzlichen Regelung und auch der Rechtsprechung die Probleme des Verhältnisses von Richter und Sachverständigem.¹²

Den Regelfall nach den §§ 402 ff. ZPO stellt der vom Gericht bestellte Sachverständige dar.¹³ Seine Bestellung kann auf Parteiantrag oder von Amts wegen gemäß § 144 ZPO erfolgen. Zur amtswegigen Bestellung kann das Gericht unter Umständen sogar verpflichtet sein, wenn es das zur Beurteilung des Fal-

¹⁰ Vgl. Carl Hahn, Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877, Berlin 1880, S. 316 f. (zu §§ 354-366): „Die Sachverständigen sind Gehülfen des Richters; indem sie demselben ein auf besondere Sachkenntnisse gestütztes Gutachten über feststehende oder als feststehend angenommene Tatsachen erstatten, und ... ein zur Vorbereitung der richterlichen Entscheidung dienendes *Urtheil* abgeben.“ (Hervorhebung von mir).

¹¹ Für Fallgruppen der Ablehnung des Sachverständigen vgl. Thomas/Putzo/Reichold, ZPO § 406 Rn. 2.

¹² Vgl. Peter Arens, 1. Deutscher Landesbericht, in: Nicklisch, Der technische Sachverständige, o. Fn. 1, S. 29.

¹³ Vgl. Kurt Jessnitzer – Jürgen Ulrich, Der Sachverständige im Zivilprozess, 11. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 2001, Rn. 108 f.

les nötige Fachwissen nicht besitzt.¹⁴ Die Auswahl und die Einweisung des Sachverständigen obliegen nach §§ 404, 404a ZPO ebenfalls grundsätzlich dem Gericht. Der Sachverständigenbeweis wird nämlich im Gegensatz zum US-amerikanischen Prozessrecht nicht durch Benennung des Sachverständigen sondern laut § 403 ZPO nur durch die Angabe des Beweisthemas angetreten.¹⁵ Wie allerdings § 404 IV und § 404a V S. 2 ZPO zeigen, haben auch die Parteien unter Umständen bereits in dieser Phase der Erhebung des Sachverständigenbeweises gewisse Mitwirkungsmöglichkeiten. Eine vor Abfassung des Beweisbeschlusses erfolgte Einigung der Parteien über die Person des Sachverständigen ist sogar bindend für das Gericht.¹⁶ Eine Fortsetzung der Parteimitwirkung manifestiert sich im Fragerecht der Parteien während der Verhandlung, dem jedoch deutliche Grenzen gesetzt sind und das durchgehend unter richterlicher Kontrolle verwirklicht wird.¹⁷

Die Richternähe seiner Stellung darf den Sachverständigen nicht dazu verleiten, in seinem Gutachten rechtliche Ansichten zu äußern. Dies würde dem Rechtsprechungsmonopol des Richters widersprechen.¹⁸ Er hat sich vielmehr in seinen fachlichen Ausführungen strikt an den vom Richter im Beweisbeschluss erteilten und gegebenenfalls in der Einweisung präzisierten Auftrag zu halten.¹⁹ Ebenfalls aus seiner geschilderten Nähe zum Richter, aber auch wegen seiner von den Parteien unabhängigen Entschädigung²⁰, folgt das Erfordernis der Unabhängigkeit und der Unparteilichkeit des gerichtlichen Sachverständigen.

Ein Aspekt der richternahen Stellung des deutschen Sachverständigen ist besonders problematisch, wie die in der Wissenschaft immer wieder auftauchenden skeptischen Stimmen dies zeigen. In dem vom Gesetzgeber beabsichtigten Idealfall darf sich die Sachentscheidung des Gerichts nicht auf eine pauschale Widergabe des Sachverständigengutachtens beschränken, vielmehr soll sich der Richter um eine eigene Überzeugungsbildung bemühen.²¹ Es fragt sich jedoch, ob von dem Richter in komplizierten Fachfragen gerade der modernen Wissenschaften und der Technik noch eine eigenständige Meinungsbildung oder auch

¹⁴ Vgl. BGH NJW 1993, 1796.

¹⁵ Vgl. Carl Hahn, Materialien CPO, o. Fn. 10, S. 317 (zu § 355); Kurt Jessnitzer – Jürgen Ulrich, o. Fn. 13, Rn. 111.

¹⁶ Vgl. Thomas/Putzo/Reichold, ZPO § 404 Rn. 2; Kurt Jessnitzer – Jürgen Ulrich, o. Fn. 13, Rn. 112.

¹⁷ Zu diesen inhaltlichen Grenzen des Fragerechts der Parteien vgl. Erich Döhring, Die Erforschung des Sachverhalts im Prozess – Beweiserhebung und Beweiswürdigung, Berlin 1964, S. 258 f.

¹⁸ Vgl. Kurt Jessnitzer – Jürgen Ulrich, o. Fn. 13, Rn. 192.

¹⁹ Zu den dabei aufkommenden Schwierigkeiten vgl. z.B. AK-ZPO/Helmut Rüßmann, vor § 402 Rn. 8 und § 404. Vgl. auch allgemein Kurt Jessnitzer – Jürgen Ulrich, o. Fn. 13, Rn. 212.

²⁰ Vgl. Kurt Jessnitzer – Jürgen Ulrich, o. Fn. 13, Rn. 475 ff.

²¹ Vgl. z.B. BGH NJW 1989, 2948.

überhaupt eine verständnisvolle Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Gutachtens erwartet werden kann. Der überwiegende Teil der Stimmen im Schrifttum der letzten Jahrzehnte beantwortet diese Frage verneinend.²² Es wird von „parajudizeller Funktion“²³ des Sachverständigen sowie bildhaft vom Gegensatz der Statik des Rechts und der Dynamik der Technik gesprochen. Dieser Gegensatz schränke die richterliche Kognition ein und rücke zugleich den Sachverständigen weiter in Richternähe.²⁴ Auch statistische Erhebungen scheinen dieses Ergebnis zu bestätigen.²⁵ Oft wird darüber hinaus jene systemimmanente Schwäche des gerichtlichen Sachverständigenbeweises kritisiert, die dem Richter grundsätzlich nur die Konsultierung eines einzigen Gutachtens und somit in den meisten Fällen praktisch nur die Befolgung desselben ermöglicht.²⁶ Es kann diesen Stimmen zumindest dahingehend gefolgt werden, dass durch die Begutachtung von komplizierten Fachfragen durch einen einzigen gerichtlichen Sachverständigen letztlich die freie richterliche Beweiswürdigung unterhöhlt werden kann.

Für die Zwecke des Vergleichs mit der US-amerikanischen Rechtslage dienlich ist noch die Hervorhebung zweier Besonderheiten der deutschen Regelung. Zum einen täuscht die Systematik der ZPO den Sachverständigenbeweis als Unterfall des Zeugenbeweises vor.²⁷ Der Verweis in § 402 ZPO auf den Zeugenbeweis relativiert sich jedoch gerade im Lichte der oben aufgezeigten starken Verschiebung der Stellung des Sachverständigen in Richtung des Entscheidungsträgers und weg von der Zeugenstellung. Zum anderen folgt ebenfalls aus dem Verweis in der Eingangsvorschrift auf den Zeugenbeweis (einschlägig sind hier §§ 395 ff. ZPO) sowie aus § 411 ZPO eine Grundregel der mündlichen Gutachtenerstattung. Zwar statuiert § 411 die Erstattung eines schriftlichen Gutachtens als Ausnahme, doch ist diese mittlerweile die vorherrschende Methode in der Praxis geworden.²⁸

²² Vgl. z.B. Hans-Joachim Musielak – Max Stadler, Grundfragen des Beweisrechts, München 1984, Rn. 156; Peter Arens, in: Nicklisch, Der technische Sachverständige, o. Fn. 1, S. 29, 32 ff; Wagner, in: Fritz Nicklisch, Der technische Sachverständige, o. Fn. 1, S. 47 ff; Broß, ZJP 102 (1989), 413, 416 f; Sandler, NJW 1986, 2907, 2909; Gino Lörcher, Der vom Schiedsgericht bestellte Sachverständige im Verfahren, FS Böckstiegel, S. 485, 489 spricht von einer „erheblichen Eigendynamik“ des Sachverständigenbeweises; Lamprecht, DRiZ 1989, 4 prägte den seitdem oft zitierten Satz vom „Richter als Erfüllungsgehilfen von Sachverständigen“.

²³ Vgl. Fritz Nicklisch, Generalbericht, o. Fn. 1, S. 235.

²⁴ So Fritz Nicklisch, Generalbericht, o. Fn. 1, S. 225 ff.

²⁵ Nach Pieper/Breunung/Stahlmann, S. 63, 261 befolgen Richter in bis zu 95% aller Fälle die „Vorgaben“ des Sachverständigengutachtens.

²⁶ Vgl. Broß, ZJP 102 (1989), 413, 428.

²⁷ Zur ursprünglichen entsprechenden Vorstellung des Gesetzgebers vgl. Carl Hahn, Materialien CPO, o. Fn. 10, S. 317 (zu § 354).

²⁸ Vgl. Kurt Jessnitzer – Jürgen Ulrich, o. Fn. 13, Rn. 319.

Die deutsche Regelung repräsentiert durchweg die kontinentale Tradition und deckt sich in allen wesentlichen Punkten mit den meisten europäischen staatlichen Regelungen.²⁹ Sie eignet sich daher besonders gut für vergleichende Betrachtungen, die sich zum Ziel setzen, für Schiedsverfahren mit transatlantischer Beteiligung allseits annehmbare Beweiserhebungsmethoden zu finden.

2.2. Parteisachverständige

Eine Möglichkeit der Abweichung von dem gesetzlichen Modell des gerichtlichen Sachverständigen und damit zur dialektischeren Gestaltung des Sachverständigenbeweises besteht in der Verwertung von Privatgutachten. Zwar ist die Beauftragung privater Sachverständiger in Zivilprozessen eine Eigenart des angelsächsischen Rechtskreises, doch ist dies auch in den kontinentalen nationalen Prozessrechtsordnungen nicht ausgeschlossen.³⁰ In Deutschland sieht die Rechtsprechung des BGH das Parteisachverständigengutachten, also das Gutachten eines im Gegensatz zu § 404 IV ZPO lediglich durch eine Partei beauftragten³¹ Sachverständigen, als substantiiertes, urkundlich belegtes Parteivorbringen an.³² Diese jedenfalls sprachlich klare Abgrenzung soll besagen, dass es sich bei der in den Prozess eingeführten privaten Begutachtung nicht um einen Sachverständigenbeweis im Sinne der ZPO handelt. Daraus folgt, dass der Richter auch bei Vorliegen von einem oder mehreren Privatgutachten grundsätzlich nicht von seiner Pflicht entbunden ist, einen neutralen gerichtlichen Sachverständigen zu bestellen.³³ Dies schließt jedoch nicht aus, dass am Ende inhaltlich möglicherweise gerade das Privatgutachten den Ausschlag für die Entscheidung geben kann. Möglich ist sogar auch, dass ein Privatgutachten so überzeugend und nachvollziehbar ist, dass es die Bestellung eines gerichtlichen Sachverständigen entbehrlich macht.³⁴ Freilich muss der Richter in einem solchen Fall eine erhöhte Verantwortung übernehmen, wenn er allein dem privaten Gutachten vertrauen will. Das Recht auf rechtliches Gehör erfordert vom Gericht aber auch in einem solchen Fall, der gegnerischen Partei die Möglichkeit zu eröffnen, ihrerseits Privatgutachten zu präsentieren.³⁵

²⁹ Vgl. so *Stürmer*, FS Sandrock, S. 959, 961.

³⁰ Vgl. Fritz *Nicklisch*, Generalbericht, o. Fn. 1, S. 239; *Stürmer*, FS Sandrock, S. 959, 961.

³¹ Zwischen der Partei und dem Sachverständigen kommt ein Werkvertrag zustande. Vgl. Kurt *Jessnitzer* – Jürgen *Ulrich*, o. Fn. 13, Rn. 29.

³² Vgl. z.B. BGH VersR 1963, 1188; BGH NJW 1982, 2874, 2875; BGH NJW 1992, 1459, 1460; BGHZ 98, 34, 40; BGH NJW 1993, 2382; BGH MDR 1997, 880. Aus dem Schrifttum vgl. nur Erich *Döhring*, o. Fn. 17, S. 256 ff; Hans-Joachim *Musielak* – Max *Stadler*, o. Fn. 22, Rn. 113 ff., 122; Kurt *Jessnitzer* – Jürgen *Ulrich*, o. Fn. 13, Rn. 37.

³³ Vgl. BGH VersR 1981, 577.

³⁴ Vgl. BGH NJW 1982, 2874; BGH NJW 1996, 1597; Kurt *Jessnitzer* – Jürgen *Ulrich*, o. Fn. 13, Rn. 37.

³⁵ Vgl. BGH NJW 1996, 1597.

In mehreren Fallkonstellationen wird trotz der Qualifizierung als Parteivorbringen eine Annäherung und inhaltlich gesehen praktisch beinahe eine Gleichstellung von privaten und gerichtlichen Sachverständigengutachten sichtbar. Eine Partei kann das gerichtliche Gutachten durch Präsentierung eines eigenen Privatgutachtens zu erschüttern versuchen. Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass eine solche Erschütterung möglich ist.³⁶ Ignoriert das Gericht das Privatgutachten und zieht es sich allein auf die Konsultierung des gerichtlichen Sachverständigengutachtens zurück, dann macht es sich der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör schuldig.³⁷

Widersprechen sich mehrere Privatgutachten, ist das Gericht wiederum verpflichtet, zur Klärung einen gerichtlichen Sachverständigen hinzuzuziehen.³⁸ Es besteht auch im allgemeinen eine Klärungspflicht des Gerichts bei Unklarheiten eines Gutachtens bzw. bei mehreren sich widersprechenden Gutachten.³⁹ Dabei kann eine Klärung unter anderem gerade durch die Konfrontierung des gerichtlichen Sachverständigen mit den Parteien bzw. womöglich mit ihren Privatgutachten erfolgen. Einen Anhaltspunkt hierfür enthält die ZPO in § 411 III-IV, wo die Ladung des Sachverständigen zur Erläuterung seines Gutachtens und das gleichzeitige Fragerecht der Parteien vorgesehen sind.⁴⁰

All die gemachten Ausführungen belegen, dass in der deutschen Rechtswirklichkeit sich die beiden Gutachtensarten in ihrer Wirkung einander in bedeutendem Maße angenähert haben.⁴¹

3. Die bestimmende Rolle der Parteisachverständigen im adversary process des common law

Im US-amerikanischen Prozessrecht ist die Unterscheidung zwischen Gerichts- und Parteisachverständigen wegen der unangefochtenen Vorherrschaft der Letztgenannten beinahe gegenstandslos.⁴² Zwar ist die Bestellung eines Sachverständigen durch das Gericht nach Rule 706(a) F.R.Evid. möglich⁴³,

³⁶ Vgl. z.B. BGH NJW 1997, 794.

³⁷ Vgl. BVerfG NJW 1997, 122; BGH NJW 1998, 2735; Kurt Jessnitzer – Jürgen Ulrich, o. Fn. 13, Rn. 421.

³⁸ Vgl. BGH NJW 1993, 2382.

³⁹ Vgl. BGH NJW, 1992, 1459; BGH NJW 1996, 1597; BGH NJW 1997, 794. Für viele weitere Beispiele aus der Rechtsprechung vgl. z.B. Thomas/Putzo/Reichold, ZPO § 411 Rn. 5.

⁴⁰ Vgl. z.B. BGH NJW 1986, 2886; BGH NJW 2001, 3269.

⁴¹ Ebenso Frank Schöffler, Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit der Anwendung angloamerikanischer Beweismethoden in deutschen und internationalen Schiedsverfahren, Frankfurt a.M./München 2003, S. 55.

⁴² Vgl. Geoffrey C. Hazard, US-National Report, in: Fritz Nicklisch, Der technische Sachverständige, o. Fn. 1, S. 207 ff.

⁴³ Bezeichnenderweise wird für diesen Fall sofort nochmals ausdrücklich die Möglichkeit der Einholung privater Sachverständigengutachten zugesichert. Vgl. Rule 706(d) F.R.Evid.: „Nothing in this rule limits the parties in calling expert witnesses of their own selection.”

aber in der Praxis – ebenso wie die entsprechende gerichtliche Zeugenbenennung nach Rule 614(a) F.R.Evid. – sehr unüblich.⁴⁴ Ist von Sachverständigenbeweis die Rede, so handelt es sich nach amerikanischem Verfahrensrechtsverständnis um das Gutachten bzw. die Aussage von eindeutig die Interessen der einen oder der anderen Partei vertretenden Personen, deren Auswahl und „Einweisung“ den Parteien vollkommen freisteht. Ihre Stellung ist weit entfernt von der richternahen Gehilfenstellung des deutschen Sachverständigen.⁴⁵ Sie werden dementsprechend – anders als im deutschen Recht – auch inhaltlich ohne Einschränkung als Zeugen („expert witnesses“) angesehen und behandelt.⁴⁶ Bezeichnend für diese Denkweise ist ein Satz aus dem berühmten rechtsvergleichenden Artikel von *Langbein*: „In the German system, experts are not even called witnesses.“⁴⁷ Der Sachverständige ist zudem von der Partei, die ihn für den jeweiligen Prozess engagiert und bezahlt, finanziell abhängig. Dieser Effekt verstärkt sich in den häufig vorkommenden Fällen der Vereinbarung eines Erfolgshonorars. Unter diesen Umständen vermag es nicht zu verwundern, wenn selbst in Amerika zuweilen abfällig von „junk science“⁴⁸ gesprochen und von Zeit zu Zeit die Rechtfertigung der Einbettung des Sachverständigenbeweises ins adversary system kritisch hinterfragt wird.⁴⁹ Der Haupteinwand lautet dabei, dass es den offen mit ihrer Erfolgsquote für sich werbenden expert witnesses in erster Linie nicht auf die Ermittlung der Wahrheit sondern auf die der sie beauftragenden Partei günstige Beeinflussung der Geschworenen und des Richters ankomme. Die in der traditionellen amerikanischen Denkweise wurzelnde Gegenmeinung hält dagegen einen unabhängigen Sachverständigen schlicht für unmöglich.⁵⁰

Aus den geschilderten Unzuträglichkeiten wird nach herrschender amerikanischer Auffassung aber nicht die Konsequenz gezogen, der neutrale Sachverständige europäischen Stils sei zu adaptieren. Vielmehr folgt für das US-amerikanische Recht aus der systemimmanenten Voreingenommenheit des privaten

⁴⁴ Vgl. Geoffrey C. Hazard, o. Fn. 42, S. 211; Rainer Küster, Die Beweiserhebung durch Sachverständige im amerikanischen Geschworenenprozess – Vor- und Nachteile im Vergleich zum deutschen Zivilprozess, Diss. Hannover 1989, S. 6 ff; m.w.Nachw. Sven Timmerbeil, Witness Coaching und Adversary System, Tübingen 2004, S. 67.

⁴⁵ Vgl. Geoffrey C. Hazard, o. Fn. 42, S. 207 ff.

⁴⁶ Vgl. Rainer Küster, o. Fn. 44, S. 10 ff.

⁴⁷ John Langbein, The German Advantage In Civil Procedure, 52 U.Chi.L.Rev. 823 (1985).

⁴⁸ Vgl. m.w.Nachw. Stephan Lorenz, Die Neuregelung der pre-trial-Discovery im US-amerikanischen Zivilprozessrecht – Inspiration für den deutschen und europäischen Zivilprozess?, ZZP 111 (1998), 35, 51.

⁴⁹ Vgl. z.B. Samuel Gross, Expert Evidence, 1991 Wisc.L.Rev. 1113 (1991): für Gerichtssachverständigen kontinentalen Stils und mit Extrembeispielen gegen expert witnesses. Bernard L. Diamond, The Fallacy of the Impartial Expert, 3 Archives of Criminal Psychodynamics 221 (1959), der fürs adversary system auch auf dem Gebiet des Sachverständigenbeweises ins Feld zieht, und einen unparteiischen Sachverständigen schlicht für unmöglich hält.

⁵⁰ Vgl. z.B. Bernard L. Diamond, o. Fn. 49.

Sachverständigen, dass der adversary process normalerweise nicht mit einem einzigen „expert“ auskommen kann, sondern mindestens zwei braucht, die einander gegenübergestellt werden können. Auch beim Sachverständigenbeweis vertraut also der adversary process grundsätzlich der dialektischen Sachverhaltsermittlungsmethode. In der Tat spricht auch manches für die Sichtweise, nach der der Richter am besten durch Konfrontierung von gegensätzlichen Expertenmeinungen in die Lage versetzt werde, die besseren fachlichen Argumente herauszufiltern. Der Entscheidungsträger ist jedenfalls nicht von vornherein auf die Kenntnis einer einzigen Argumentationslinie beschränkt.

Die genannte Konfrontierung der Sachverständigen beider Parteien erfolgt entsprechend dem Aufbau des US-amerikanischen Zivilprozesses in zwei Stufen.

Die erste Stufe stellt die obligatorische, auch unaufgefordert vorzunehmende Offenlegung der Person des Sachverständigen sowie des wesentlichen Inhalts des Gutachtens im Rahmen der pre-trial discovery. Dabei handelt es sich praktisch um die gleiche anfängliche Offenlegungspflicht wie bei dem bereits behandelten Urkundenbeweis. Hierfür spricht bereits der gleiche Standort der Regelung in den F.R.C.P. Gleich auf die initial disclosure of documents folgt in Rule 26(a) (2) F.R.C.P. eine Vorschrift, die die Parteien verpflichtet, einander über die ihrerseits zu verwertenden Sachverständigengutachten praktisch vollständig ins Bild zu setzen. Die hier interessierenden Teile der Vorschrift lauten folgendermaßen:

“Disclosure of Expert Testimony.

(A) ... a party shall disclose to other parties the identity of any person who may be used at trial to present evidence ...

(B) ... this disclosure shall, with respect to a witness who is retained or specially employed to provide expert testimony in the case, be accompanied by a written report prepared and signed by the witness. The report shall contain a complete statement of all opinions to be expressed and the basis and reasons therefore; the data or other information considered by the witness in forming the opinions; any exhibits to be used as a summary of or support for the opinions; the qualifications of the witness, including a list of all publications authored by the witness within the preceding ten years; the compensation to be paid for the study and testimony; and a listing of any other cases in which the witness has testified as an expert at trial or by deposition within the preceding four years.”

Durch die auf diese Weise bewirkte restlose Preisgabe der eigenen Sachverständigenmeinung sind Überraschungen in der Verhandlung so gut wie ausgeschlossen. In der Vorverhandlungsphase wird eine so weitgehende Abstimmung der gegenseitigen Expertenmeinungen möglich, dass es während der Verhandlung zu keinen wesentlichen Verzögerungen kommen kann. Zudem

wird erreicht, dass im späteren Verlauf des Verfahrens auf wirklich streitige Punkte konzentriert wird, während übereinstimmend beurteilte Punkte frühzeitig identifiziert werden. Dieser ganze Mechanismus wird noch ergänzt durch die Möglichkeit der Parteien bzw. der Anwälte, die „gegnerischen“ Sachverständigen detailliert zu vernehmen. Rule 26(b) (4) F.R.C.P. sichert eine solche „deposition of experts“ ausdrücklich zu. Abgerundet wird schließlich der Informationsaustausch durch die – bereits beim Urkundenbeweis geschilderte – Ergänzungspflicht nach Rule 26(e) (1) F.R.C.P. Danach sind alle nach der anfänglichen Offenlegung eingetretenen Änderungen dem Prozessgegner mitzuteilen. Die Kenntnisnahme vom Inhalt des gegnerischen Gutachtens und auch die Vernehmung des gegnerischen Sachverständigen (deposition) erfolgen in der Regel bereits in Kenntnis des eigenen Sachverständigengutachtens. Diese frühzeitige Einbringung des Sachverständigen in den Verfahrensablauf wirkt ohne Zweifel beschleunigend, sie verschafft in einer frühen Phase Klarheit über die tatsächlich strittigen Sachfragen und fördert dadurch nicht zuletzt – wie dies statistisch belegt ist – auch die Chancen eines frühen Vergleichsschlusses.⁵¹

Die zweite Stufe der Einführung sachverständigen Wissens ins Verfahren und zugleich typischerweise der Konfrontierung der Parteisachverständigen miteinander erfolgt dann in der Verhandlung selbst. Die Federal Rules of Evidence widmen einen eigenständigen Abschnitt der Art und Weise bzw. den Einschränkungen der Präsentation des Sachverständigenbeweises in der Verhandlung.⁵² Die einschlägigen Rules 702-706 F.R.Evid. sind zusammen mit der auch hier geltenden allgemeinen Schutzvorschrift der Rule 403 F.R.Evid. überwiegend auf Verhandlungen mit Beteiligung von Geschworenen zugeschnitten und bezwecken in erster Linie die Bewahrung derselben vor unsachlicher Beeinflussung.⁵³ Die wichtigsten sind dabei die „opinion on ultimate issue rule“ (die Einschränkung von beweiswürdigenden Schlussfolgerungen durch den Sachverständigen)⁵⁴, die Zusicherung der Offenlegung des seinem Gutachten unterliegenden Tatsachenmaterials⁵⁵ sowie die Fortgeltung des beim Zeugenbeweis bereits geschilderten Ausschlusses des Beweises von Hörensagen

⁵¹ Rainer Küster, o. Fn. 44, S. 43.

⁵² Vgl. Article VII. F.R.Evid.

⁵³ In einer bildhaften Formulierung: „Juries ... need protection against themselves...” S. Benjamin Kaplan – Kevin M. Clermont, Ordinary Proceedings in First Instance, in: Mauro Cappelletti, International Encyclopedia, o. Fn. 3, Chapter 6-55.

⁵⁴ Zwar wird nach Rule 704 F.R.Evid. durch solche Schlussfolgerungen das Gutachten nicht wie nach früherem Recht gänzlich ausgeschlossen, jedoch gilt weiterhin der Grundsatz, dass die Beweiswürdigungsbefugnis nicht auf den Sachverständigen übergehen darf. Vgl. ausführlich Rainer Küster, o. Fn. 44, S. 62 ff.

⁵⁵ Vgl. Rule 705 a.E. F.R.Evid.

(hearsay rule⁵⁶). Da aber für solche oder ähnliche Regeln – wie oben bereits aufgezeigt worden ist – im Schiedsverfahren kein Bedürfnis besteht, soll hier nur diejenige Regel hervorgehoben werden, die nicht nur rechtsvergleichend an sich, sondern auch aus der Sicht der Verwertbarkeit in internationalen Schiedsverfahren einen eigenständigen Erkenntniswert besitzt. Dabei geht es um die in den Rules 705, 706(a) F.R.Evid. ausdrücklich statuierte, aber bereits auch aus ihrer vollwertigen Zeugenstellung folgende Möglichkeit, die Sachverständigen einem Kreuzverhör zu unterziehen. Die Dialektik der cross examination gewährleistet eine kontradiktorische Nachprüfungsmöglichkeit der Qualität der Gutachten sowie der Kompetenz des jeweiligen Sachverständigen. Die Gerichtspraxis ist gegenüber Angriffen auf den Sachverständigen im Kreuzverhör betont tolerant.⁵⁷ Am meisten zur differenzierten Sachverhaltsaufklärung beitragen kann jedoch der durchaus übliche, sich zwischen Kläger- und Beklagten Sachverständigen im Kreuzverhör entwickelnde Zweikampf, praktisch oft eine Wiederholung der bereits während der pre-trial depositions ausgetragenen Konfrontierung der widerstreitenden Meinungen („battle of experts”).⁵⁸

Nachteilig wirkt sich im US-amerikanischen System aus, dass die geschilderte Ausgestaltung des Sachverständigenbeweises in der Regel schon allein wegen der Mehrheit der Sachverständigen mit erhöhten Kosten verbunden ist. Ferner können Vermögensunterschiede der Parteien möglicherweise dazu führen, dass der sozial Stärkere den besseren, jedenfalls in der Vergangenheit besser ausgewiesenen Sachverständigen für sich engagieren kann. Dieser mögliche Nachteil gleicht sich jedoch wiederum zum Teil durch die übliche Vereinbarung eines Erfolgshonorars aus. Viele lasten der amerikanischen Methode auch an, dass die Mehrheit der Sachverständigengutachten und die Vernehmung mehrerer Sachverständiger die Verwirrung der Geschworenen und des Richters verursachen können.⁵⁹

Ein entscheidender Vorteil der US-amerikanischen Regelung ist sicherlich die sehr frühe Einbindung des Sachverständigen in den Verfahrensablauf. Die geschilderten Offenbarungspflichten sowie die Möglichkeit der expert deposition in der discovery-Phase sorgen für eine frühzeitige Einschränkung der zu präsentierenden Sachverständigengutachten auf wirklich streitige Punkte und führen nicht selten zur Erledigung des Rechtsstreits auf dem Vergleichswege. Ei-

⁵⁶ Vgl. Rule 802 F.R.Evid.

⁵⁷ Vgl. z.B. *Polk v. Ford Motor Corp.*, 529 F.2d 259, 270 (8th Circuit 1976).

⁵⁸ Vgl. zur Entstehung Gerhard Wagner, Europäisches Beweisrecht: Prozessrechtsharmonisierung durch Schiedsgerichte, ZEuP 2001, 441, 506.

⁵⁹ Vgl. z.B. Laurence W. Craig – William W. Park – Jan Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 3d Edition, New York 2000, §26.04, S. 458.

nen weiteren Vorzug stellt in der Phase der Verhandlung die durch das Kreuzverhör herbeigeführte intensive Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme dar.⁶⁰

Der hier vertretenen Ansicht nach ist es nicht angebracht, die deutsche oder die US-amerikanische Methode der Erhebung des Sachverständigenbeweises als die bessere oder effektivere hinzustellen. Das etwa eine Mittelstellung einnehmende englische Recht beweist, indem es einerseits die Unabhängigkeit des Sachverständigen fordert, andererseits aber im Sinne des adversary-process bei der Einholung des Sachverständigenbeweises den Parteianwälten (solicitors) – und nicht dem Gericht – die entscheidende Funktion beimisst, dass beide Traditionen wertvolle Elemente enthalten.⁶¹ Beide sind gleich gut dazu geeignet, Sachwissen ins Zivilverfahren effektiv einzubringen.⁶² Ihre Unterschiede sind nur in ihrem jeweiligen rechtssoziologischen Milieu zu verstehen.⁶³ Im Folgenden kann es daher nur darum gehen, Wege für eine mögliche Kombination der Vorzüge der beiden Systeme für die Zwecke internationaler Schiedsverfahren aufzuzeigen sowie zu untersuchen, ob und in welchem Maße sich die internationale Schiedsgerichtsbarkeit bereits solcher Kombinationen bedient.

4. Kombination der beiden Arten des Sachverständigenbeweises in internationalen Schiedsverfahren

4.1. Gesetzliche Regelungen und Schiedsordnungen

In der internationalen Schiedsgerichtspraxis werden beide geschilderten Formen des Sachverständigenbeweises praktiziert.⁶⁴ Gewichtsverschiebungen in Richtung Parteisachverständige oder Gerichtssachverständige ergeben sich zumeist in Schiedsverfahren mit überwiegend kontinental-europäischer oder angloamerikanischer Beteiligung.⁶⁵ Treffen Parteien und/oder Schiedsrichter aus den beiden hier behandelten Rechtskreisen aufeinander, so muss eine ausgewogene Kompromisslösung zur Anwendung kommen, die gleichzeitig den beiderseitigen Erwartungen gerecht wird und entsprechend dem Ziel des Schiedsverfahrens eine effektive Sachverhaltsaufklärung sicherstellt. Die ge-

⁶⁰ Ebenso die Ergebnisse der rechtsvergleichenden Untersuchung von Rainer Küster, o. Fn. 44, S. 43, 158 ff.

⁶¹ Rechtsvergleichende Ansätze bei Michael P. Reynolds – Susanne Rinderknecht, Die Rolle des Sachverständigen in England und in Deutschland, ZVglRWiss 92 (1993), 215 ff. Ausführlicher Ralpf Oliver Graef, Die Vorbereitung und Durchführung des Haupttermins im deutschen und englischen Zivilprozess, ZVglRWiss 95 (1996), 92 ff.

⁶² Vgl. Rainer Küster, o. Fn. 44, S. 153.

⁶³ Vgl. Michael P. Reynolds – Susanne Rinderknecht, o. Fn. 61, S. 215 ff.

⁶⁴ Vgl. z.B. Julian D.M. Lew – Loukas A. Mistelis – Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, The Hague/London/New York 2003, 22-82 ff.

⁶⁵ Vgl. Klaus Peter Berger, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, o. Fn. 3, S. 299.

setzlichen Regelungen und die meisten Schiedsordnungen tragen diesem Bedürfnis nur teilweise Rechnung. Es wird in der Regel lediglich die Möglichkeit der Bestellung eines Sachverständigen statuiert. Weder die nach der Bestellung noch die – zumindest ebenso wichtig – davor zu befolgende Verfahrensweise ist einer detaillierten Regelung unterzogen worden.

Das deutsche Schiedsverfahrensrecht gilt in der Hinsicht, dass es auf gesetzlicher Ebene auch Einzelheiten betreffende Vorschriften dem Sachverständigenbeweis widmet, als internationale Ausnahme.⁶⁶ Gemäß der kontinentalen Tradition betrachtet dabei § 1049 ZPO den gerichtlichen Sachverständigen als Regelfall, impliziert jedoch – erklärtermaßen im Hinblick auf den angelsächsischen Rechtskreis⁶⁷ – zugleich die Möglichkeit der Einbindung privater Sachverständiger:

„(1) Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so kann das Schiedsgericht einen oder mehrere Sachverständige zur Erstattung eines Gutachtens über bestimmte vom Schiedsgericht festzulegende Fragen bestellen. Es kann ferner eine Partei auffordern, dem Sachverständigen jede sachdienliche Auskunft zu erteilen oder alle für das Verfahren erheblichen Schriftstücke oder Sachen zur Besichtigung vorzulegen oder zugänglich zu machen.

(2) Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so hat der Sachverständige, wenn eine Partei dies beantragt oder das Schiedsgericht es für erforderlich hält, nach Erstattung seines schriftlichen oder mündlichen Gutachtens an einer mündlichen Verhandlung teilzunehmen. Bei der Verhandlung können die Parteien dem Sachverständigen Fragen stellen und eigene Sachverständige zu den streitigen Fragen aussagen lassen.

(3) Auf den vom Schiedsgericht bestellten Sachverständigen sind die §§ 1036, 1037 Abs. 1 und 2 entsprechend anzuwenden.“

Wie aus der den Regeln über den ordentlichen gerichtlichen Sachverständigen nachgebildeten Vorschrift ersichtlich ist, verleiht das deutsche Schiedsverfahrensrecht dem Sachverständigen ebenfalls die Stellung des Schiedsrichtergehilfen.⁶⁸ Ebenso wie in den §§ 402 ff. ZPO kommt seine richterliche Position (Entscheidungsmitverantwortung, Unabhängigkeit, Unparteilichkeit, grundsätzliche Einweisung und Kontrolle durch das Schiedsgericht) in der entsprechenden Anwendbarkeit der Schiedsrichterablehnungsgründe gemäß § 1049 III

⁶⁶ Ebenso Jean-François Poudret – Sébastien Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Brüssel 2002, Rn. 667.

⁶⁷ So BT-Drucks. 13/5274, S. 50.

⁶⁸ Ebenso ausdrücklich BGHZ 42, 313, 316.

ZPO zum Ausdruck.⁶⁹ Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass der durch das Schiedsgericht bestellte Sachverständige schuldrechtlich gesehen im Auftrag der Parteien tätig wird. Bei der Bestellung handelt nämlich das Schiedsgericht im Gegensatz zum staatlichen Gericht lediglich als Bevollmächtigter der Parteien und schließt in deren Namen und auf deren Rechnung einen Werkvertrag mit dem Sachverständigen ab.⁷⁰ Nicht zu verwechseln ist dieses beide Parteien und den schiedsgerichtlich bestellten Sachverständigen umfassende Schuldverhältnis mit dem Werkvertrag, den jeweils nur eine Partei mit ihrem Privatsachverständigen abschließt.

Zwar geht die ZPO vom Grundsatz des neutralen, vom Schiedsgericht bestellten Sachverständigen aus, doch wird der Einsatz dieses Beweismittels betont zur Parteidisposition gestellt. Nach dem Wortlaut der zitierten Vorschrift können die Parteien es dem Schiedsgericht verbieten, einen neutralen Sachverständigen zu bestellen.⁷¹ Nach der Begründung der Schiedsverfahrensrechtsnovelle ist diese Regelungsmethode, ebenso wie die Erwähnung der Möglichkeit der Einbringung privater Sachverständiger, mit Blick auf den common law Rechtskreis und damit implizit auf die internationale Schiedspraxis angebracht. In diesem Punkt weist also selbst die in der ZPO enthaltene Regelung des Schiedsverfahrensrechts erste Risse am eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz auf.⁷²

Demgegenüber enthält unter den einschlägigen US-amerikanischen Rechtsquellen weder der FAA noch der RUAA spezielle Vorschriften über den Sachverständigenbeweis. Dies erklärt sich unter anderem aus der bereits geschilderten Gleichstellung von Zeugen und Sachverständigen. Insoweit kann auch hier auf das bei der Behandlung des Zeugenbeweises Ausgeführte verwiesen werden. Die Präsentation von privaten Sachverständigengutachten ist in rein amerikanischen Schiedsverfahren ebenso selbstverständlich wie im ordentli-

⁶⁹ Dies ist u.a. auch deswegen von eminenter Bedeutung, weil die Unparteilichkeit des Sachverständigen über §§ 1049 III, 1036 f. wie die des Richters Bestandteil des deutschen verfahrensrechtlichen *ordre public* ist, mithin ihre Verletzung den Bestand des Schiedsspruchs gefährden kann. Vgl. auch Frank *Ebbing*, *Private Zivilgerichte – Möglichkeiten und Grenzen privater (schiedsgerichtlicher) Zivilrechtsprechung*, München 2003, S. 300.

⁷⁰ Vgl. z.B. BGHZ 42, 313. Ebenso mit guten Gründen Jens-Peter *Lachmann*, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 2. Auflage, Köln 2002, Rn. 842 ff.; Gino *Lörcher*, o. Fn. 22, S. 486; Rolf *Schütze*, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 3. Auflage, München 1999, Rn. 163. Anders jedoch *StJ/Peter Schlosser*, ZPO § 1049 Rn. 2: Nur die beweisbelastete Partei soll Vertragspartner werden.

⁷¹ Vgl. J.-Cl. *Proc.civ.* Fasc. 217 (46, par *Éric Loquin*), ferner für die Besprechung eines solchen Falles: Georgios *Petrochilos*, *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford 2004, Rn. 5.69.

⁷² Ebenso Klaus *Lionnet*, *Parteiherrschaft im Schiedsgerichtsprozess bei der Beweisaufnahme*, FS Glossner, S. 209, 217 ff.

chen Zivilprozess und die Schiedsrichter sind sogar bisweilen abgeneigt, selbst Sachverständige zu bestellen.⁷³

Die trotz der in der deutschen Regelung an den common law Rechtskreis gemachten Zugeständnisse vorhandenen grundsätzlichen Unterschiede und damit die jeweils herausgestellten Vor- und Nachteile sind im Großen und Ganzen auch in internationalen Schiedsverfahren erhalten geblieben⁷⁴ und machen im Interesse der Verfahrenslegitimation eine Kompromisslösung in gemischten Schiedsverfahren notwendig.⁷⁵ Lediglich Ansätze einer solchen Kompromisslösung sind in den meisten Schiedsordnungen zu finden. Sie gehen in der Regel nicht über die Statuierung hinaus, die Schiedsrichter hätten die Befugnis, Sachverständige zu bestellen und daneben bzw. danach sei es auch den Parteien gestattet, Privatgutachten einzubringen.⁷⁶ Das Verhältnis der beiden Arten von Gutachten zueinander und die Verfahrensweise sind nur in einer kleinen, die Ausnahme bildenden Gruppe von Schiedsordnungen geregelt. Darüber hinaus bleibt das genannte Verhältnis infolge missglückter Formulierungen in manchen Schiedsordnungen unklar.

Es bietet sich an, zuerst die einschlägigen Bestimmungen der *UNCITRAL Rules* unter die Lupe zu nehmen, da diese vielen anderen als Beispiel gedient und damit auch zur Unklarheit mancher Regelwerke beigetragen zu haben scheinen. Die *UNCITRAL-Rules* befolgen eindeutig den Ansatz der kontinentalen Rechtsordnungen mit dem schiedsgerichtlich bestellten Sachverständigen als Regelfall. Die Regelungsmethode ist auffallend inkonsequent. In der allgemeinen Vorschrift des Art. 15 II sind noch ausschließlich „expert witnesses“ als Unterfall des Zeugenbeweises erwähnt, dann regelt die Spezialvorschrift des Art. 27 *UNCITRAL-Rules* den schiedsgerichtlich bestellten Sachverständigen als Regelfall und misst den Parteisachverständigen bei strikter Auslegung seines Wortlauts gleich in mehrerer Hinsicht eine klar untergeordnete Rolle zu.

⁷³ Vgl. Gary B. *Born*, *International Commercial Arbitration – Commentary and Materials*, 2d Edition, Ardsley/The Hague 2001, S. 489; Mauro *Rubino-Sammartano*, *International Arbitration Law*, Deventer/Boston 1990, S. 393.

⁷⁴ Ebenso Axel H. *Baum*, *Reconciling Anglo-Saxon and Civil Law Procedure: The Path to a Procedural Lex Arbitrationis*, FS Böckstiegel, S. 21, 27.

⁷⁵ Vgl. Max W. *Abrahamson*, *Evidence by Experts during the Arbitration*, in: Albert Jan *van den Berg* (ed.), *Preventing Delay*, o. Fn. 7, S. 537, 555: „... a desirable blend of adversarial and inquisitorial...“. Ferner Charles *Jarrosson*, *Compte rendu du colloque du 12 avril 1991*, *Chambre de commerce internationale: arbitrage et expertise*, Rev.arb. 1991, 501, 503; Frank *Schöffler*, o. Fn. 41, S. 148 ff.

⁷⁶ Vgl. Torsten *Lörcher*, *Neue Verfahren der internationalen Streiterledigung in Wirtschaftssachen*, Frankfurt am Main 2001, S. 278; ferner den Überblick über die Regelungen in verschiedenen institutionellen Rules bei Rafael Eyzaguirre *Echeverria*, *Evidence by Experts during Arbitration*, in: Albert Jan *van den Berg* (ed.), *Preventing Delay*, o. Fn. 7, S. 525, 533 ff.

Nachdem in den Absätzen I-III der genannten Vorschrift Grundsätzliches betreffend Kommunikation zwischen Schiedsgericht, Sachverständigem und Parteien (Übersendung des Gutachtens an die Parteien, Offenlegungspflichten der Parteien gegenüber dem Sachverständigen zur Unterstützung der Begutachtung, Einsichtsrecht der Parteien in Arbeitsmaterialien des Sachverständigen) niedergelegt wird, kommt es zur Regelung der Einbringungsmöglichkeit privater Sachverständiger. Art. 27 IV UNCITRAL-Rules sieht zunächst auf Parteienantrag eine Erscheinspflicht des Sachverständigen in der Verhandlung vor, wo er dann auch Fragen der Parteien zu beantworten hat. Den problematischen Punkt stellt dabei Art. 27 IV Satz 2 dar:

“At this hearing either party may present expert witnesses in order to testify on the points at issue.”

Zwar soll die hier zugesicherte Einbeziehung von Parteisachverständigen das Übergewicht des neutralen Sachverständigen ausgleichen und damit die Regelung auch für Parteien aus dem common law Rechtskreis akzeptabel machen⁷⁷, doch wird dieser beabsichtigte Ausgleichseffekt sofort wieder durch eine strikt am Wortlaut haftende Interpretierung der Vorschrift zunichte gemacht. Diese Auslegung will die zitierte Vorschrift dahingehend verstehen, dass Parteisachverständige erst in dieser, die Anhörung des neutralen Sachverständigen bezweckenden Verhandlung präsentiert werden können und sogar vor der Fertigstellung des Gutachtens durch den neutralen Sachverständigen gar nicht erst bestellt werden dürfen.⁷⁸ Aus dem Wortlaut von Art. 27 IV („...after delivery of the report...” bzw. „At this hearing...”) folgt zwar ohne Zweifel dieses Ergebnis. Diese Interpretierung ignoriert indes die inzwischen entstehungsgeschichtlich belegte Tatsache, dass sich bei der Endfassung der Vorschrift ein redaktioneller Fehler eingeschlichen hat. Nachdem die Möglichkeit einer solchen unerwünschten Auslegung offenbar geworden war, einigten sich nämlich die Urheber auf einen Zusatz, der die „Gleichberechtigung” privater Sachverständiger klarstellen und auch die der Vorschrift immanente zeitliche Nachordnung ausräumen sollte. Hiernach sollte Art. 27 IV mit den Worten beginnen: „Unbeschadet des Rechts der Parteien, selbst Sachverständige zu stellen.“⁷⁹ Dieser Zusatz fand jedoch schließlich aus Versehen keinen Eingang in die

⁷⁷ So Rolf Trittman – Christian Duve, in: Frank-Bernd Weigand (ed.), *Practitioner’s Handbook on International Arbitration*, München/Copenhagen 2002, Rn. 1.

⁷⁸ So ausdrücklich Rolf Trittman – Christian Duve, in: Frank-Bernd Weigand (ed.), o. Fn. 77, Rn. 6: „... parties may not appoint their own experts prior to the delivery of the expert report. ... this right appears to have been limited to the time after the report was completed by the expert.”

⁷⁹ „Without prejudice to the expert proof provided by the parties.” Vgl. zur unglückseligen Entstehungsgeschichte Stewart Abercrombie Baker – Mark David Davis, *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice*, Deventer/Boston 1992, S. 129 f. mit vielen Nachweisen.

publizierte Endfassung der Rules. Es darf mithin davon ausgegangen werden, dass die oben geschilderte Auslegung nicht im Sinne der Urheber gewesen wäre. Auch die für sie vorgetragene Begründung, durch eine den Parteien aufgezwungene Dominanz des schiedsgerichtlich bestellten Sachverständigen würde sich zeit- und kostensparend die Einholung privater Gutachten erübrigen⁸⁰, ignoriert die internationale Schiedspraxis, die weitgehend zumindest von der Gleichstellung, aber an weiten Strecken von der Dominanz des privaten Sachverständigen geprägt ist.⁸¹

Trotz der aufgezeigten Mängel der Formulierung in den UNCITRAL Rules stellen diese nicht selten ein Vorbild für andere Schiedsordnungen dar.⁸² In manchen anderen Schiedsordnungen ist die Vorbildfunktion der UNCITRAL Rules zwar nicht zurückzuverfolgen, doch finden sich auch in ihnen weitgehend identische Ausgestaltungen des Sachverständigenbeweises. Da für sie die gleichen kritischen Bemerkungen gelten, sollen sie hier nur kurz angesprochen werden: § 27.3 *DIS-SchO*, Art. 21.2 *LCIA-Rules* sowie Art. 55(c) *WIPO-Rules* enthalten eine identische Bestimmung und es sind auch keine Anzeichen für die Bemühung um eine Klarstellung im Sinne des von den UNCITRAL-Urhebern beabsichtigten Zusatzes sichtbar. Es soll jedoch der Eindruck der undifferenzierten Kritik an all den genannten Institutionen vermieden werden. Die hier geäußerte Kritik betrifft ausschließlich den missverständlichen Wortlaut der betreffenden Regelungen. Zeugnissen aus der Praxis zufolge kommt auch in von diesen Institutionen administrierten Schiedsverfahren schiedsgerichtlichen und privaten Sachverständigen kein unterschiedliches Gewicht zu und die Einbringung privater Gutachten ins Verfahren ist durchaus ohne die genannten Schranken möglich.

Interessanterweise behandeln auch die *ALI/UNIDROIT Principles*⁸³ das kontinental-europäische Modell eindeutig als vorrangig. Angesichts der das Fundament der Principles bildenden, breit angelegten rechtsvergleichenden Forschungen ist dies immerhin ein Indiz dafür, dass nach der Meinung der Urheber der gerichtlich bestellte Sachverständige eher als Grundlage für eine internationale Kompromisslösung herangezogen werden kann. Dementsprechend wird in der Einleitung zu den Principles das Anliegen zum Ausdruck gebracht, kompromissfähige Regeln auch für die Zwecke internationaler Schiedsverfahren zur Verfügung zu stellen.⁸⁴ All dies vermag jedoch nichts an der Tatsache zu

⁸⁰ So Rolf Trittman – Christian Duve, in: Frank-Bernd Weigand (ed.), o. Fn. 77, Rn. 6.

⁸¹ Vgl. Alan Redfern – Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London 1999, Rn. 6-85.

⁸² Vgl. z.B. den Nachweis bei Torsten Lörcher, *Neue Verfahren*, o. Fn. 76, S. 279, Fn. 203.

⁸³ Principle 22.4. Vgl. auch entsprechend den Anwendungsvorschlag in Rule 26 *ALI/UNIDROIT Rules*.

⁸⁴ *ALI/UNIDROIT Principles and Rules*, Introduction to the Proposed Final Draft, S. 15.

ändern, dass in der internationalen, vor allem aber in der rechtskreisübergreifenden Schiedspraxis der Beweis durch private Sachverständige nicht nur gleichrangig neben dem schiedsgerichtlich bestellten Sachverständigen steht, sondern sogar vorherrscht.

Die andere Extremposition vertreten die *ICSID-Rules*. Wie bei den anderen bereits behandelten Beweismitteln, ist diese Verfahrensordnung auch hinsichtlich des Sachverständigenbeweises der common law-Denkweise verpflichtet. Dies bringen Artt. 34.2 und 35.1 *ICSID-Rules* in der Weise zum Ausdruck, dass sie sowohl bei der Einholung als auch bei der Präsentation des Beweismittels den Parteien die Hauptrolle zudenken:

“The Tribunal may, if it deems it necessary at any stage of the proceeding: (a) call upon the parties to produce documents, witnesses and experts; ...

Witnesses and experts shall be examined before the Tribunal by the parties under the control of its President. Questions may also be put to them by any member of the Tribunal.”

Auch wenn das Schiedsgericht selbst die Notwendigkeit der Einholung eines Sachverständigengutachtens sieht, soll es sich also zunächst an die Parteien wenden, damit diese ihrerseits private Sachverständige beauftragen. An versteckter Stelle, in der Kostenregelung von *ICSID*-Verfahren findet zwar auch der vom Schiedsgericht bestellte Sachverständige Erwähnung⁸⁵, doch dürfte dieser eindeutig als Ausnahme gelten. Für eine solche Sichtweise der Urheber spricht jedenfalls das völlige Weglassen entsprechender Bestimmungen in den Beweisaufnahmenvorschriften der *ICSID-Rules*. Während der Verhandlungsphase hält ferner Rule 35.1 offenbar das von den Anwälten durchgeführte Kreuzverhör angelsächsischer Prägung vor Augen.

Ein Bestreben nach einem ausgewogenen Verhältnis der beiden Arten des Sachverständigenbeweises ist den *ICC-Rules* und den – erstmalig auch Detailregeln enthaltenden – *IBA Rules* zu entnehmen. Die *ICC-Rules* erwähnen in Artt. 20.3 und 20.4 die beiden Sachverständigentypen in einer Reihenfolge, die – rein von der Regelungssystematik her gesehen – auf den Vorrang des privaten Sachverständigen schließen lassen könnte:

“The Arbitral Tribunal may decide to hear witnesses, experts appointed by the parties or any other person...”

The Arbitral Tribunal, after having consulted the parties, may appoint one or more experts, define their terms of reference and receive their reports. At the request of a party, the parties shall be given the opportunity to question at a hearing any such expert appointed by the Tribunal.”

⁸⁵ Vgl. Torsten Lörcher, *Neue Verfahren*, o. Fn. 76, S. 278, Fn. 195.

Zwar stehen private und schiedsgerichtlich ernannte Sachverständige grundsätzlich mit gleichem Gewicht nebeneinander, doch kann die Regelungsreihenfolge mit dem Parteisachverständigen an der Spitze zumindest als Symbol für die überwiegende Bedeutung dieses Beweismittels in der Praxis angesehen werden. Von ICC-Schiedsrichtern wird berichtet, dass sich in den durch die Pariser Institution administrierten Verfahren zumeist gar nicht erst die Frage nach der Wahl der einen oder anderen Art des Sachverständigenbeweises stelle, sondern vielmehr nur zu entscheiden sei, ob neben den gewöhnlich präsentierten Parteisachverständigen ausnahmsweise zusätzlich auch neutrale Sachverständige zu beauftragen seien. Dies sei nicht zuletzt auf die Abneigung bzw. das Misstrauen der Parteien gegenüber gerichtlichen Sachverständigen zurückzuführen.⁸⁶ Kommt es dennoch zur Bestellung eines neutralen Sachverständigen, so sichert die ICC-Praxis den Parteien bei der Bestimmung der Einzelheiten seines Tätigwerdens weitgehende Mitwirkungs- und Kontrollrechte zu. Diese verwirklichen sich nicht nur im erst in der Verhandlung effektiv werdenenden Fragerecht und einer möglichen cross-examination, sondern bereits früh bei der Bestellung und Einweisung. Die Person des neutralen Sachverständigen und die Einzelheiten des Gutachtauftrags müssen mit den Parteien abgestimmt werden und das Schiedsgericht übt eine laufende, mit den Parteien abgestimmte Kontrolle über seine Tätigkeit aus.⁸⁷ Entscheidend zur Gewinnung des Vertrauens der Parteien beitragen kann auch die gemeinsame Überlegung der personellen Empfehlungen der neben der Institution eingerichteten Experten-zentralstelle (Centre International d'Expertise de la CCI)⁸⁸ und die hierauf basierende einvernehmliche Auswahl des zu bestellenden Sachverständigen.⁸⁹

Schließlich sollen die am meisten Detailregeln enthaltenden und insbesondere bewusst auf die Koexistenz bzw. auf das Konkurrierenlassen beider Gutachtenarten⁹⁰ setzenden *IBA Rules* zur Sprache kommen.⁹¹ Sie repräsentieren auch im Bereich des Sachverständigenbeweises in vieler Hinsicht die etablierte internationale Schiedspraxis.⁹²

⁸⁶ So Laurence W. Craig – William W. Park – Jan Paulsson, o. Fn. 59, §26.04, S. 458. Vgl. auch Andreas Reiner, Handbuch der ICC-Schiedsgerichtsbarkeit, Wien 1989, S. 213.

⁸⁷ Vgl. aus der Praxis z.B. *ICC Case 5082/1993*, ICC Procedural Decisions, S. 43, 47.

⁸⁸ Vgl. dazu ausführlich Jean-François Bourque, o. Fn. 4, S. 231 ff; ferner Gino Lörcher, o. Fn. 70, S. 485, 491 und Jean-François Demont – François Vermeille, o. Fn. 3, S. 235.

⁸⁹ Vgl. Yves Derains – Eric A. Schwartz, o. Fn. 3, S. 260. Für ein Beispiel vgl. auch *ICC Case No. 5926/1988*, Clunet 122, 1037 (1995).

⁹⁰ Vgl. mit weiteren Nachweisen Julian D.M. Lew – Loukas A. Mistelis – Stefan M. Kröll, o. Fn. 64, 22-87 ff.

⁹¹ Dazu Peter Schlosser, Die Fortbildung des Prozessrechts durch die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, in: Karl-Heinz Böckstiegel (Hrsg.), Rechtsfortbildung durch internationale Schiedsgerichtsbarkeit, DIS Schriftenreihe, Band 8, Köln 1989, S. 5, 13 f.

⁹² Vgl. Hilmar Raeschke-Kessler, Die IBA-Rules über die Beweisaufnahme in internationalen Schiedsverfahren, in: Karl-Heinz Böckstiegel (Hrsg.), Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren, Köln/Berlin/Bonn/München 2001, S. 41, 68 ff.

Unter den Begriffsbestimmungen des Art. 1 IBA Rules findet man bei dem Stichwort „expert report“ folgende Definition:

„... a written statement by a Tribunal-Appointed Expert or a Party-Appointed Expert submitted pursuant to the IBA Rules of Evidence. ”

Dieser Begriffsbestimmung ist mittelbar („or“) die Gleichstellung des Sachverständigenbeweises durch vom Schiedsgericht bestellte und von den Parteien beauftragte Sachverständige zu entnehmen. Die Reihenfolge der später folgenden einschlägigen Spezialregeln könnte allerdings ebenso wie in den ICC-Rules zumindest symbolisch für den Vorrang des Parteisachverständigen sprechen (Art. 5: Party-Appointed Experts; Art. 6: Tribunal-Appointed Experts). Trotzdem sollen hier zuerst die weniger Probleme bereitenden, den neutralen Sachverständigen betreffenden Bestimmungen in einem Überblick behandelt werden. Sie stellen im Grunde ein Abbild der deutschen Regelung nach §§ 402 ff. und § 1049 ZPO dar.⁹³ Die ersten zwei Absätze von Art. 6 zeichnen sich aber bereits durch die Betonung der vollständigen Einbindung der Parteien in die Gestaltung des Sachverständigenbeweises aus. Ob das Schiedsgericht überhaupt einen neutralen Sachverständigen bestellt, die Person und die Einweisung desselben, die genaue Formulierung des Auftrags, das alles entscheidet sich gemäß der wiederkehrenden Formulierung in den IBA Rules erst nach Absprache mit den Parteien („after having consulted with the Parties“). Dies ist zwar eine logische Folge des Umstandes, dass auch der schiedsgerichtlich bestellte Sachverständige mit den Parteien ein Schuldverhältnis eingeht. Die Betonung der Mitwirkungsrechte im Detail scheint aber gerade aus Vertrauensgründen wichtig, stehen doch internationale Parteien dem neutralen Sachverständigen eher skeptisch gegenüber.⁹⁴ In den weiteren Absätzen werden die Mitwirkungsrechte um weitgehende Teilnahme- und Einsichtsrechte (sogar in die Korrespondenz zwischen Sachverständigem und Schiedsgericht) vervollständigt.

Neues bringen die IBA Rules vor allem durch die Intensivierung der Wechselwirkung zwischen mehreren Sachverständigen. Dies ist schon deswegen zu begrüßen, weil es in internationalen Schiedsverfahren erfahrungsgemäß häufig eine Mehrzahl von Sachverständigen mitwirkt. Anstatt – wie es mitunter mit verschiedener Begründung geschieht⁹⁵ – mit dieser Gegebenheit abrechnen zu

⁹³ Ebenso Jens-Peter *Lachmann*, o. Fn. 70, Rn. 856 ff.

⁹⁴ Vgl. Klaus *Lionnet*, o. Fn. 72, S. 209, 220.

⁹⁵ Vgl. z.B. die vor allem ökonomische Gesichtspunkte betonende Kritik von Frank *Schöffler*, o. Fn. 41, S. 175. Er will im Sinne einer ökonomischen Analyse aus Kostengründen Parteisachverständige nur nachgeordnet, zur eventuellen Erschütterung des Gutachtens des neutralen Sachverständigen einbringen lassen. In dieselbe Richtung auch Jean-François *Poudret* – Sébastien *Besson*, o. Fn. 66, Rn. 663 ff. Ein anderer wiederkehrender Kritikpunkt ist der Verwirrungseffekt, der durch die Anhörung mehrerer widerstreitender Experten entstehen kann. Vgl. nur die Kritik bei Alan *Redfern* – Martin *Hunter*, o. Fn. 81, Rn. 6-85: „One

wollen, versuchen die IBA Rules ein effektives Zusammenwirken auf zwei Schienen zu erreichen. Sowohl die Kooperation bzw. Konfrontierung der neutralen und der privaten als auch die Zusammenarbeit zwischen mehreren privaten Sachverständigen werden angestrebt.

Was die Regelung betreffend das Verhältnis zwischen neutralen und privaten Sachverständigen angeht, behalten die IBA Rules im Wesentlichen den bereits in anderen Schiedsordnungen geschilderten Rahmen bei: Der neutrale Sachverständige hat nach Art. 6.6 auf Verlangen einer Partei an der Verhandlung teilzunehmen und sich von den Parteien sowie von den Parteisachverständigen befragen zu lassen. Um eine Überraschungsbefragung und damit eine Verfahrensverzögerung zu vermeiden, beschränkt dieselbe Vorschrift das Fragerecht auf vorher (nach Erhalt des Gutachtens) schriftlich bereits angezeigte Fragen.

Was die Einbringung von Parteisachverständigen ins Verfahren angeht, enthalten die IBA Rules keinerlei Beschränkung. Lediglich zu Beschleunigungszwecken statuiert gleich Art. 5.1, dass das Schiedsgericht dem Privatsachverständigen eine Frist für die Ablieferung des schriftlichen Gutachtens setzen kann. Der Sachverständige hat in der mündlichen Verhandlung zu erscheinen, es sei denn, die Parteien haben eine abweichende Vereinbarung getroffen und einvernehmlich erklärt, dass sie sich mit dem schriftlichen Gutachten begnügen.

Die entscheidende Stärke der Regelung gegenüber den anderen zitierten Schiedsordnungen zeigt sich in der sehr frühen Einbindung der Sachverständigen ins Verfahren. Nach Art. 5.3. IBA Rules kann das Schiedsgericht ein Treffen zwischen den von den Parteien beauftragten Sachverständigen anordnen, damit diese schon vor der Verhandlung ihre Positionen vergleichen und gegenüber einander abstimmen können. Die genannte Stelle der Rules bestimmt weiterhin Folgendes:

„At such meeting, the Party-Appointed Experts shall seek to reach agreement on those issues as to which they had differences of opinion in their Expert Reports, and they shall record in writing any such issues on which they reach agreement.”

Dieses Verfahren hat sich in der internationalen Schiedsgerichtspraxis bereits weitgehend bewährt.⁹⁶ Hierdurch ist es nämlich gewährleistet, dass die privaten

of the most unsatisfactory features of procedure in international commercial arbitration is the prevailing practice whereby parties present conflicting expert evidence...” Gegen die verfahrensökonomisch begründete Kritik spricht die Praxis: Die Parteien bestellen oft eigene Sachverständige, um das neutrale Gutachten nachzuprüfen. Vgl. D. Mark Cato, o. Fn. 9, S. 67.

⁹⁶ Vgl. Hilmar Raeschke-Kessler, Stand und Entwicklungstendenzen der nationalen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland, in: Peter Gottwald (Hrsg.), *Revision des EuGVÜ – Neues Schiedsverfahrensrecht*, Bielefeld 2000, S. 244; D. Mark Cato, o. Fn. 9, S. 93. Zustimmend auch Johannes Trappe, *Der Sachverständigenbeweis*, in: Karl-Heinz Böckstiegel (Hrsg.), o. Fn. 92, S. 102.

Sachverständigen über Sachfragen bereits vor der Verhandlung eine Einigung unter sich erzielen, und so den Gegenstand des weiteren Beweisverfahrens auf diejenigen Punkte beschränken, über die sie sich nicht einigen konnten. Damit reduziert sich aber auch der Tätigkeitsbereich des vom Schiedsgericht unter Umständen doch zu bestellenden Sachverständigen auf dieselben Punkte. Einigen sich die Parteien, bzw. die von ihnen beauftragten Privatsachverständigen über die streitigen Punkte, so kann das Schiedsgericht einen Sachverständigen bestellen, dessen Standpunkt laut IBA Rules mit dem der einzelnen Privatsachverständigen konfrontiert werden kann. Nach Art. 6.6. können nämlich in der mündlichen Verhandlung nicht nur das Schiedsgericht und die Parteien, sondern auch deren Privatsachverständige Fragen an den vom Schiedsgericht bestellten Sachverständigen richten. Eine Überraschungsbefragung wird auch hier dadurch ausgeschlossen, dass sich die Fragen nur auf solche Punkte des Gutachtens beziehen dürfen, zu denen vorher schriftlich Stellung bezogen worden ist. Da auf die Vernehmung des privaten Sachverständigen wegen seiner Stellung naturgemäß die Regeln über die Zeugenvernehmung anzuwenden sind⁹⁷, kann die Befragung durchaus auch die Gestalt einer cross examination annehmen. Spätestens diese Befragung wird mit großer Wahrscheinlichkeit zur endgültigen gesicherten Überzeugungsbildung des Schiedsgerichts betreffend Sachfragen führen.

4.2. Praktische Vorschläge für die Ausgestaltung des Sachverständigenbeweises in internationalen Handelsschiedsverfahren

Aufgrund dieses Überblicks über die Regelungen in den unterschiedlichen Schiedsordnungen kristallisieren sich einige Hauptlinien der empfehlenswerten Ausgestaltung des Sachverständigenbeweises in internationalen Schiedsverfahren heraus.⁹⁸ Diese sollen nun kurz zusammengefasst werden.

Trotz der aufgezeigten Annäherung an das US-amerikanische Recht hinsichtlich der Vorherrschaft des Privatsachverständigen fällt zunächst ins Auge, dass es in der Vorverhandlungsphase keine dem amerikanischen System vergleichbaren Aufklärungspflichten gibt. Eine allein in Parteiregie ablaufende, automatische pre-trial discovery bezüglich Sachverständigengutachten im Sinne von Rule 26(a) (2) FRCP findet sich in den untersuchten Schiedsordnungen nicht. Eine Ausnahme bildet nur die für besonders komplexe Fälle gedachte Rule L-3(e) der New Yorker AAA-Rules, wo – entsprechend dem Vorbild der FRCP –

⁹⁷ Vgl. Jens-Peter Lachmann, o. Fn. 70, Rn. 868.

⁹⁸ Für eine Übersicht der sich rechtskreisübergreifend stellenden Fragen vgl. Gerald Aksen *et al.*, Arbitrage et expertise, Paris 1994, S. 19 f; Andrew Foyle, Use of Experts in International Arbitration, in: Dennis Campbell – Susan Meek (eds.), The Arbitration Process, The Comparative Law Yearbook of International Business, Special Issue 2001, The Hague/London/Boston 2002, S. 119 ff. Ferner die Länderberichte bei D. Mark Cato, The Expert in Litigation and Arbitration, London 1999.

die Offenbarung der Person des Parteisachverständigen und des wesentlichen Inhalts des später zu verwertenden Gutachtens vorgesehen ist.⁹⁹ Mit dem Fehlen von pre-trial (pre-arbitral hearing) Offenlegungspflichten ist bereits ein wesentlicher Teil des Konfliktpotenzials der amerikanischen Tradition entschärft und der Sachverständigenbeweis den Kompromissbedürfnissen der rechtskreisübergreifenden Schiedsverfahren angepasst.

Allerdings ist nicht zu übersehen, dass der Bündel der automatischen Offenlegungspflichten in Rule 26 FRCP ein auch in internationalen Schiedsverfahren zu beherzigendes Ziel verfolgt, und zwar die frühe Einbindung u.a. auch des Sachverständigen ins Verfahren und damit die frühe Eingrenzung des streitigen Tatsachenstoffes zwecks Entlastung der Verhandlungsphase. Gerade diesem Aspekt tragen aber die besprochenen Vorschriften der IBA Rules unter Heranziehung des in beiden Rechtskreisen zunehmend akzeptierten Konferenzgedankens Rechnung. Zum einen läuft die in Rule 5.3 vorgesehene Konferenz zwischen den Sachverständigen nur auf schiedsrichterliche Anordnung und damit handelt es sich nicht etwa um eine expert deposition im amerikanischen Sinne, zum anderen wird aber letzten Endes das gleiche Ziel der frühen Einbindung erreicht, wie es die FRCP verfolgen, ohne jedoch das Verfahren mit typischen adversary-Elementen zu belasten. Mithin macht eine so gestaltete, vor der Verhandlung stattfindende Kooperation zwischen den Sachverständigen auch einen späteren *battle of experts* in der Verhandlung vermeidbar oder zumindest weniger wahrscheinlich und kann als Vorbild für die Regelung der Anfangsphase des Sachverständigenbeweises gelten.

Eine zweite Hauptlinie der kompromissfähigen Ausgestaltung der Verfahrensweise ist die durchgehende Kooperation mit den Parteien bereits bei der Auswahl und der Einweisung des schiedsgerichtlich bestellten Sachverständigen.¹⁰⁰ Grundsätzlich sollte das Schiedsgericht bereits seine Absicht, einen neutralen Sachverständigen zu bestellen, den Parteien signalisieren, damit diese Zeit zum Nachdenken haben. Beachtet das Schiedsgericht ganz von Anfang an das Anliegen der Parteien, werden dadurch verfahrensverzögernde Mitwirkungsverweigerung und u.a. etwaige spätere Ablehnungsgesuche unterbunden. Auch nach der Bestellung ist die durchgehende Einbindung der Parteien in die Beweiserhebung, insbesondere eine laufende, sich von Zeit zu Zeit wiederholende

⁹⁹ Freilich dürfte auch diese Aufklärungspflicht nicht ganz so weit gehen wie in den FRCP, da die zitierte Vorschrift der AAA-Rules zur Erfüllung der Informationspflicht ein (Konferenz) Telefongespräch ausreichen lässt.

¹⁰⁰ Dafür Gino Lörcher, o. Fn. 22, S. 485, 490 ff; Michael Straus, The Practice of the Iran – U.S. Claims Tribunal in Receiving Evidence from Parties and from Experts, JIntArb 3(3), 57, 63 ff (1986); Julian D.M. Lew – Loukas A. Mistelis – Stefan M. Kröll, o. Fn. 64, 22-85; Andreas Reiner, o. Fn. 86, S. 213; Poudret, in: Études Lalive, S. 607 ff; Jean-François Bourque, o. Fn. 4, S. 231, 254.

Konsultation des Sachverständigen mit den Parteien angezeigt. Während des Verfahrensgangs kommt es nämlich erfahrungsgemäß häufig zu einer Umformulierung des Auftrags bzw. zu einer Begrenzung desselben auf noch strittige Fragen. So wird von Praktikern über Schiedsverfahren berichtet, in denen die Konsultation zwischen Sachverständigen und Parteien ständig an der Tagesordnung war.¹⁰¹ Eine mögliche und in komplexe Sachfragen beinhaltenden Schiedsverfahren häufig praktizierte Variante ist die Verpflichtung des Sachverständigen, in bestimmten zeitlichen Abständen dem Schiedsgericht und den Parteien über den Fortgang seiner gutachterlichen Tätigkeit Zwischenberichte zu erstatten.¹⁰² Die eingehende Erörterung von Sachfragen zwischen Sachverständigem und Parteien kann oft sogar zum Vergleichsschluss führen.¹⁰³

Drittens kann trotz der geschilderten, im Schrifttum verbreiteten Kritik die Einbringung von privaten Sachverständigen als ein Wesenselement der internationalen Schiedsgerichtspraxis angesehen werden.¹⁰⁴ Zum einen ist dieses Element wegen des bereits erörterten Fehlens von Ausforschungsmöglichkeiten amerikanischen Schlages durchaus kompromissfähig, zum anderen ist es in vielen Schiedsverfahren geradezu eine Notwendigkeit, die jedenfalls stärker als die erwähnten Kritikpunkte ins Gewicht fällt. Die Vorherrschaft des Privatsachverständigen erklärt sich nämlich auch daraus, dass die Parteien häufig bereits während ihrer präarbitralen Streitschlichtungsversuche die wesentlichen Punkte begutachten lassen, um eine günstige Verhandlungsposition zu erlangen.¹⁰⁵ Scheitert die Schlichtung und geht sie in ein Schiedsverfahren über, so ist es nur natürlich, dass die Parteien ins Schiedsverfahren mit ihren fertigen Gutachten ausgerüstet kommen. Unter solchen Umständen ist – gerade auch

¹⁰¹ Interview mit Prof. Klaus Peter Berger, Köln 2004. Vgl. z.B. Michael Straus, o. Fn. 100, S. 68 f. unter Hinweis auf den vom Iran-US Claims Tribunal entschiedenen Fall *Starrett Housing Corp. v. Iran*, 4 Iran-U.S. C.T.R. 122.

¹⁰² Vgl. Jean-François Demont – François Vermeille, o. Fn. 3, S. 235, 241. Sogar die in manchen Schiedsordnungen vorgesehene Verfahrensfrist kann sich dabei verlängern: « La pratique prévoit le plus souvent dans la convention d'arbitrage que le délai d'arbitrage est suspendu pendant les opérations d'expertise. » Vgl. für die ständige Kommunikation zwischen Sachverständigem und Parteien J.-Cl. Proc.civ. Fasc. 1068 (74 pp., 77, par Emmanuel Gaillard): « L'expert, tout comme l'arbitre, devra respecter les principes du contradictoire et de l'égalité des parties. ... Tout courrier émanant de l'expert devra être adressé simultanément à l'ensemble des parties et toute réunion organisée par l'expert devra avoir lieu en présence des représentants de toutes les parties, sauf accord contraire. De même, toute communication entre le tribunal arbitral et l'expert devra être portée à la connaissance des parties. »

¹⁰³ Für einen spektakulären Fall vgl. Yves de Haller, A Case Study of the Role of the Expert in an Arbitration Involving the Construction of an Energy Plant, in: Albert Jan van den Berg (ed.), Preventing Delay, o. Fn. 7, S. 517 ff, 522.

¹⁰⁴ Ebenso mit weiteren Argumenten z.B. Pierre A. Karrer, „Schiedsverfahrensrecht“ – Bitte differenzieren, FS Geimer, S. 383, 393.

¹⁰⁵ Vgl. Gerald Aksent et al., o. Fn. 98, S. 13.

aus verfahrensökonomischer Sicht – kaum einzusehen, warum die ohne Weiteres zur Verfügung stehenden Gutachten bzw. die sie erstellenden Experten nicht mit Priorität eingeführt werden sollten.¹⁰⁶

Ein weiterer Punkt, in dem Einhelligkeit zwischen Theoretikern und Praktikern besteht, ist die Überlegung, dass es stets zu vermeiden gilt, die Experten in irgendeiner Art und Weise an der Findung der Sachentscheidung selbst zu beteiligen. Sowohl während des Beweisverfahrens als auch bei der Abfassung des Schiedsspruchs ist hierauf besonders zu achten, weil entsprechende Indizien sehr schnell zu einem Vertrauensverlust bei den Parteien und nicht zuletzt zu einem Aufhebungsantrag wegen unzulässiger Delegierung¹⁰⁷ als Unterfall des unzulässigen Verfahrens führen können. Eine Ausnahme hiervon kann allerdings streitgegenstandsbedingt, d.h. bei hochkomplizierten, nur Sachverständigen zugänglichen Sachfragen gelten, wenn die Parteien dem Gutachten hinsichtlich gewisser Punkte ausdrücklich unbedingte Bindungswirkung verleihen wollen. Es überrascht nicht, dass sich eine entsprechende Ausnahmевorschrift gerade in den *WIPO Rules* findet, die in der Regel spezielle Fachprobleme involvierende Verfahren zu regeln gedacht sind.¹⁰⁸

Schließlich entspricht – ähnlich wie beim Zeugenbeweis – auch beim Sachverständigenbeweis die Vernehmung im Wege des Kreuzverhörs internationaler Schiedspraxis.¹⁰⁹ Die Vorteile der cross examination aus der Sicht der vollständigen Sachverhaltsaufklärung gelten fort, ohne dass die Schiedsrichter oder die Parteien durch das Eingreifen von evidence rules beschränkt wären.¹¹⁰ Bringt jede Partei ihren eigenen Sachverständigen ein, so entwickelt sich das Kreuzverhör häufig zu einem Schlagabtausch zwischen den Sachverständigen, möglicherweise auch unter Beteiligung ihres neutralen Kollegen. Ebenso wie beim Zeugenbeweis ist allerdings die steuernde Mitwirkung des Schiedsrichters gefragt, damit vermieden wird, dass sich die cross examination auch die de-

¹⁰⁶ Vgl. ebenso Klaus *Lionnet*, o. Fn. 72, S. 209, 219.

¹⁰⁷ Ebenso Laurence W. *Craig* – William W. *Park* – Jan *Paulsson*, o. Fn. 59, §26.04, S. 460; J.-Cl. Proc.civ. Fasc. 217 (45, par *Éric Loquin*); Klaus Peter *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, o. Fn. 3, S. 301; Yves *Derains* – Eric A. *Schwartz*, o. Fn. 3, S. 259; Alan *Redfern* – Martin *Hunter*, o. Fn. 81, Rn. 6-83: „... delegatus non potest delegare.“

¹⁰⁸ Rule 55(d) letzter Halbsatz *WIPO Rules*: „... unless the parties have agreed that the expert's determination shall be conclusive in respect of any specific issue.“

¹⁰⁹ Allerdings gibt es sogar in inneramerikanischen Schiedsverfahren Gegenbeispiele. In *Continental Materials Corp. v. Gaddis Mining Co.*, 306 F.2d 952 (10th Circuit 1961) untersagte beispielsweise der Schiedsrichter das Kreuzverhör des von ihm bestellten Sachverständigen mit der Begründung, die Parteien hätten in ihrer Vereinbarung nicht vorgesehen, dass ein Verfahren wie vor staatlichen Gerichten stattfinden soll. Der Experte sei nur seine Hilfe gewesen und brauche sich nicht einer cross examination zu unterziehen.

¹¹⁰ Vgl. Emmanuel *Gaillard* – John *Savage* (eds.), *On International Commercial Arbitration*, The Hague/Boston/London 1999, Rn. 1294.

struktiven Züge der US-amerikanischen Praxis annimmt.¹¹¹ Schließlich kann die zusammen mit den anwesenden Zeugen erfolgende mündliche Vernehmung zur Ausräumung von noch vorhandenen Unklarheiten maßgeblich beitragen, weshalb diese Vernehmungsmethode von Praktikern empfohlen wird.¹¹²

Insgesamt verbürgt nach hier vertretener Ansicht eine dialektische, d.h. auf der Konfrontierung von Sachverständigengutachten verschiedener Herkunft aufbauende und nunmehr durch die IBA Rules repräsentierte Ausgestaltung des Sachverständigenbeweises eine tiefgehende Ermittlung des Streitsachverhalts und schafft einen nützlichen Ausgleich zwischen der Rolle des vom Gericht bestellten und der des privaten Sachverständigen. Insbesondere trägt zur effektiven Sachverhaltsaufklärung jene Ausgestaltung bei, die auf der durchgehenden, d.h. sowohl in der Vorverhandlungsphase als auch in der Verhandlung stattfindenden Konfrontierung bzw. Kooperation aufbaut. Mit einer solchen Ausgestaltung dürften sich Verfahrensbeteiligte unterschiedlicher Prozessrechtstraditionen auch leichter anfreunden können, da die Elemente der dialektischen Erhebung des Sachverständigenbeweises in den nationalen Verfahrensordnungen nicht nur jenseits sondern auch diesseits des Atlantiks hinreichend vorhanden sind.

¹¹¹ So ist insbesondere eine ausufernde Auseinandersetzung mit Widersprüchen zwischen dem präsentierten Gutachten und früheren Äußerungen des Sachverständigen in der Fachliteratur zum gleichen Thema – eine in den USA, aber zunehmend auch in internationalen Schiedsverfahren gern befolgte Praxis – zu unterbinden. Vgl. Alan Redfern – Martin Hunter, o. Fn. 81, Rn. 6-86, Fn. 84.

¹¹² Ebenso Jean-François Demont – François Vermeille, o. Fn. 3, S. 235, 242. Vgl. auch BGH NJW-RR 1996, 185.

Abkürzungen:

AAA	American Arbitration Association
AK-ZPO/(Bearbeiter)	Alternativkommentar zur Zivilprozessordnung, Herausgeber: Rudolf Wassermann, Neuwied 1987
ALI	American Law Institute
ASA Bull.	Bulletin d'Association Suisse de l'Arbitrage
BGH	Bundesgerichtshof
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
Clunet	Journal du Droit International fondé par Édouard Clunet
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
F.	Federal Reporter
FAA	Federal Arbitration Act
F.R.C.P.	Federal Rules of Civil Procedure
F.R.Evid.	Federal Rules of Evidence
FS	Festschrift
IBA	International Bar Association
ICC	International Chamber of Commerce
ICSID	International Center for the Settlement of Investment Disputes
J.-Cl.	Juris Classeurs
JIntArb	Journal of International Arbitration
Law & Contemp. Probs.	Law and Contemporary Problems (Duke University, School of Law)
LCIA	London Court of International Arbitration
L.R./L.Rev.	Law Review
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
Rev.arb.	Revue de l'arbitrage
Rn.	Randnummer
RR	Rechtsprechungsreport
RUAA	Revised Uniform Arbitration Act
S.	Seite

StJ/(Bearbeiter)	Kommentar zur Zivilprozessordnung, begründet von Stein und Jonas, 22. Auflage, Tübingen 2005
Thomas/Putzo/(Bearbeiter)	Zivilprozessordnung, Kommentar von Heinz Thomas, Hans Putzo, Klaus Reichold und Rainer Hüßtege, 24. Auflage, München 2002
U.Chi.L.Rev.	University of Chicago Law Review
U.S.	United States Supreme Court Reports
VersR	Versicherungsrecht
Vgl./vgl.	Vergleiche
WIPO	World Intellectual Property Organization
Wisc.L.Rev.	Wisconsin Law Review
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

RESÜMEE

**Der Sachverständigenbeweis im Zivilprozess
und in internationalen Schiedsverfahren**

ISTVÁN VARGA

Gegenüber der staatlichen ordentlichen Gerichtsbarkeit ist es einer der Hauptvorteile der Schiedsgerichtsbarkeit, dass die Entscheidungsträger die nötigen Spezialkenntnisse haben, denn es steht den Parteien offen, das Fachwissen besitzende Schiedsrichter auszuwählen. Vereint der Schiedsrichter durch seine Spezialkenntnisse gewissermaßen auch die Sachverständigeneigenschaft in sich, kann sich die Erhebung eines konventionellen Sachverständigenbeweises in Schiedsverfahren gänzlich erübrigen. In der Mehrheit der Fälle jedoch ist das nicht der Fall, d.h. dass auch in Schiedsverfahren das außerjuristische Fachwissen von anderen Personen als den Schiedsrichtern eingebracht wird, denn die Schiedsgerichtsbarkeit ist überwiegend eine Domäne der Juristen geworden.

Die verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten des Sachverständigenbeweises tauchen also auch in Schiedsverfahren auf. Darüber hinaus muss in internationalen Schiedsverfahren den von den Unterschieden der kontinentalen und common law Systemen herrührenden Schwierigkeiten besondere Acht gegeben werden. Treffen nämlich Parteien bzw. Schiedsrichter aus den beiden Rechtskreisen aufeinander, muss eine entsprechende, den Erwartungen beider Teile gerecht werdende Kompromisslösung gefunden werden. Hierzu gibt uns der Verfasser praktische Vorschläge nach Präsentation der Stellung des Sachverständigen im typischen kontinentalen, d.h. im deutschen Zivilprozessrecht und im adversary process des common law, bzw. nach einem Überblick über die Position des Sachverständigen im deutschen und amerikanischen Schiedsverfahrensrecht, in den UNCITRAL Rules, ALI/UNIDROIT Principles, ICSID-Rules, ICC- und IBA-Rules.

SUMMARY

**Expert Evidence in International Civil
and Arbitral Proceedings**

ISTVÁN VARGA

Compared to ordinary courts it is one of the main advantages of arbitral proceedings that arbitrators possess the special knowledge needed, since parties have the possibility to choose judges having expert knowledge. Thus, the arbitrator embodying the expert capacity as well, expert evidence can be held unnecessary in arbitration procedures. For most of the cases, however, this does not hold true, meaning that expert knowledge in the arbitration procedure – with the exception of legal knowledge – is represented by others than the arbitrators, since arbitration has predominantly become a territory for jurists.

Procedural difficulties of expert evidence are thus also to be found in the arbitral proceedings. In addition to this, in international arbitration one also has to pay attention to the challenges arising from the differences of the civil and common law legal systems. In a procedure with parties or arbitrators coming from these two legal families, one has to find an adequate solution, meeting the expectations of both parties. To these problems the author gives us practical suggestions after presentation of the expert's position in the typical civil procedure (German civil procedure) and in the adversary process of common law, and respectively after an overview of the expert's position in the German and US arbitration law, in the UNCITRAL-Rules, ALI/UNIDROIT Principles, ICSID-Rules, ICC- and IBA-rules.